

# 论我国对专有技术的保护及其特点

陈鸿清

我国改革开放的一个重要目的就是引进外国的先进的管理经验和先进技术。本世纪以来,随着科技在经济领域中的地位日益加重,有关专有技术的保护问题,已成为人们评价一个国家投资环境的重要因素。目前,外国投资者向我国进行技术投资基本上是采用专利、商标和专有技术相结合的形式进行的。据不完全统计,我国签订的技术引进合同中,含有专有技术合同的就占90%以上。在外资引进中,由于外资往往实行资本、专有技术、工业产权等一揽子投资,因而,国家能否给予外商以必要的保护(包括对专有技术的保护)将影响外商是否到该国投资、投资项目及投资大小的决策。目前,在技术引进实务中,有些外商对我国法律能否对专有技术提供可靠的保护存在疑虑,认为在中国投资的一个重大问题,就是专有技术得不到有效、充分的保护,例如素有日本财界司令部之称的经营团体联盟经济合作本部在1985年3月归纳整理的《关于推进中日合资企业发展的问題》中列举了在中国投资的18个问题,其中第12项即是“信息保密”<sup>①</sup>,这里所指的信息保密也包括专有技术。其他国家到中国投资,或出于对中国法律的不了解或别有用心,也对中国有关专有技术保护的问题提出了各种意

见和批评,由于这些原因,使我国在吸引外商投资问题上存在不必要的障碍。

基于以上情况,在专有技术的保护日益重要的今天,我国学术界没有对我国对专有技术的保护做系统的论述,不能不说是一个缺陷。本文力图通过对我国颁布的有关法律、法规的分析,阐述我国对专有技术保护的情况及其特点。

## 一、关于专有技术保护的範圍。

对专有技术各国学术界历来有两种观点,一种倾向于作广义的解释,它不仅包括制造产品的方法、技巧,产品配方等有关的技术信息,还包括管理技术和商业技术信息。例如国际商会在1958年10月的会议报告中草拟了这样一个定义:“关于产品制造的方法和技术实施的全部知识、诀窍和经验可以称为专有技术。”并且指出:“这个定义不仅包含秘密的方法和公式,而且包含与已经申请专利的制造方法有关的技术,即利用此项专利所必须掌握的技术。实际上专有技术还可能包括企业通过研究掌握的、不许竞争对手获得的工艺方法、特长和专门技术。”<sup>②</sup>狭义的商业秘密仅指工业技术或技术信息。我国在1993年9月2日通过的《反不正当竞争法》第10条首次对专有技术作了明确的界定:“商业秘

密是指不为公众所知悉,能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。”我们认为:我国《反不正当竞争法》对商业秘密定义的一个特点是和广义的专有技术一致的。<sup>3</sup>从我国对专有技术的定义看,它具有以下几个方面的特征:

第一,秘密性。专有技术是不为公众所知悉的,一旦为公众所知悉,专有技术也就失去了其意义。因而为公众所知悉的事物、资料或行业均不能构成专有技术,从某种程度上讲,秘密性是专有技术存在及受法律保护的决定性条件。目前,西方有些学者认为对专有技术的秘密性应该辩证地看待,如德国学者施道普夫对专有技术的秘密性提出异议,认为笼统地说专有技术一经公开就失去价值,从普遍意义上说是不正确的,其理由是在工业化国家早已成为工商业常识的技术,在发展中国家仍有很大的价值,发展中国家愿意购买这种技术,以节省自己的研究经费,所以这类实际上非保密的知识的合同在很大程度上也可以作为专有技术合同,他还引用了联邦德国法院 1975 年 8 月 7 日的一项判决,在该判决中,该法院认为,某些企业采用某种公开的方法或加工设备,只要这个企业使用这种方法或设备的方式是秘密的,并由此可获得特殊的效果,就可成为企业保密的对象。专有技术一般必须具有秘密的特征,只有特殊情况不属此类,但是不允许通过过于严格的专有技术定义的措施来排除这些例外情况。<sup>4</sup>我们认为这种观点是值得商榷的,在技术秘密性问题上,发达国家和发展中国家之间不应该存在原则性的界限,1974 年 5 月在联合国大会上通过的《建立新的国际经济秩序行动纲领》为实现《建立新的国际经济秩序宣言》的各项目标制定了具体的工作方针,其中第 5 部分专门规定了制定和执行关于跨国公司的国际行动准则的目的,其中即有规定以公

平优惠条件对发展中国家提供援助,转让技术和管理技能。<sup>5</sup>公平互利原则是国际经济交往的基本原则,在专有技术问题上也应遵循这一原则,发展中国家和发达国家之间应该有统一的秘密性标准,否则必然造成发达国家对发展中国家的掠夺。

第二,经济性。专有技术必须能够给其权利人带来经济效益,权利人对该技术信息或经营信息的利用应该能够产生一定的经济效益,具有经济价值或可以在市场中据以排除竞争对手,取得竞争优势。

第三,可转让性。专有技术的可转让性首先取决于它的自然属性即知识的可传授性。其次,取决于有关技术知识的经济价值,因为技术的经济价值使其一方面能够将其付诸加工实施,取得经济效益。另一方面,由于专有技术的复杂程度不易为一般的公众所掌握,因而使它有可能转让。

第四,实用性。专有技术必须具有实用性,该信息不应当停留在理论上的设想或观念,而应体现为可行的技术方案或经营策略,能够用于解决生产、经营过程中的现实问题。

## 二、对于侵犯专有技术形式作了较为具体的规定。

我国的《反不正当竞争法》、《技术合同法》及其实施条例,《技术引进合同管理条例》及其施行细则以及《劳动法》中对于侵犯专有技术的形式作了具体的规定。这些法律、法规,以《反不正当竞争法》为骨干,其它的法律、法规为补充,基本上形成了对专有技术的侵权形式的完整规定。《反不正当竞争法》第 10 条中指出,侵犯专有技术的形式主要有以下几种:

第一,以盗窃、利诱、胁迫或其他不正当手段获取他人的专有技术。我国《民法通则》把维护公民和法人的合法权益作为核心,他们的合法民事权益应受到法律的保护,任何组织和个人都不得侵犯。因而,以盗窃或不正

当的手段获取他人的专有技术即构成侵犯专有技术的行为,但是从公开的市场或已知的资料、方法等采用合法的回溯工程而获取的专有技术,或者,从公开发行的文献,公开使用的产品或信息、公开展示的场所通过观察、研究而获取的专有技术,因其获取的手段是合法的、正当的,因而不应视为侵犯专有技术的行为。

第二、披露、使用或者允许他人使用以第一种手段获取权利人的专有技术。披露是指将不正当手段获取的专有技术让其他人知悉,“使用”,这里指的是使用专有技术,专有技术其本质特征在于其保密性,保密的程度越高,时间越长、地域越小,其价值也就越高。因而,披露、使用或允许他人使用都将给持有人带来损失。但是,仅是披露、使用或允许他人使用专有技术这一要件并不必然构成侵权行为,如自专有技术权利人授权而使用、允许他人使用专有技术,通过独立开发、研究而获取、并且使用或披露与他人的专有技术相近或相同的技术信息或经营信息。构成该项目中所形成的侵权行为还必须有另一要件,即获取该种专有技术的手段是盗窃、利诱、胁迫或其他的不正当行为。

第三、违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的专有技术。该项实际上是指合同的当事人违反合同的规定而形成的侵权行为。基本上有两种,一是技术引进中的合同当事人违反合同保密条款,擅自披露、使用或者允许他人使用其所掌握的专有技术。我国在《技术合同法》及其《实施条例》,《技术引进合同管理条例》及其《施行细则》中也均规定合同当事人的保密义务。如《技术引进合同管理条例》第七条规定:“受方应当按照双方商定的范围和期限对供方提供的技术尚未公开的秘密部分承担保密义务。”其《施行细则》第十三条规定:对供方提供或者传授的专有技

术和有关的技术资料,受方应当按照合同约定的范围和期限承担保密义务。保密期限一般不得超过合同有效期限,因特殊情况需要超过合同有效期的,应当在合同中订明,并在申请办理审批手续时申明理由。在受方承担保密义务期限内,由于非受方原因技术被公开,受方承担的保密义务即行终止,合同规定供方在合同有效期内向受方提供其发展和改进技术的,受方可以在合同期满后继续承担义务,保密期限自供方提供该项技术之日起计算,但该期限不得超过原合同规定的期限。我国的有关法律规定的保密义务,目的在于维护专有技术权利人的合法权益不受侵犯,由于有法律做为保障,从我国技术引进的实务看,一般都能够遵守合同的保密义务。另一种情况是受雇佣的一方擅自披露、使用或允许他人使用其所掌握的专有技术。该种侵权行为在商务实践中屡有发生,因而各国一般均有规定受雇佣人的保密义务。例如德国1909年的《防止不正当竞争法》第17条规定,工人或学徒由于工作需要得悉或接触了企业秘密,在他们任职期间,出于竞争或私利的目的或故意给业主造成损害的,未经授权而擅自将秘密泄露于他人。即使在其任职结束后,该雇员如果出于上述的目的,将其任职期间获悉的或以不法手段违背善良风俗的方法得到的秘密泄露他人,都将受到法律的制裁,如果明知该项秘密将在国外被利用而泄露者,或自己在国外利用者,受到的惩罚更为严厉。我国以往由于没有调整雇主和受雇佣者之间有关专有技术的保密条款的规定,受雇佣者的泄密及擅自利用专有技术的情况屡有发生,给我国的司法、执法造成很大的困难。从以往的情况看,泄密的人员大多是掌握该种技术的技术人员。1994年7月八届人大常委会八次会议通过的《劳动法》进一步规定了对专有技术的保护,该法第22条规定:“劳动合同当事人可以在劳动合同中约定

保守用人单位商业秘密的有关事项。”企事业单位可以通过劳动合同加强对专有技术的保密和管理,该法没有对保密的时间作具体的规定。我们认为,劳动合同中规定的保密时间应该和劳动合同的时间一致或者长于劳动合同的时间。因为我国的劳动合同可分为固定期限的劳动合同,无固定期限的劳动合同和以完成一定的工作为期限的劳动合同。从这几种劳动合同的时间看,长短不限,可以是几天,几个月、几年等,如果履行保密义务的时间短于劳动合同的期限,显然对于保护专有技术不利。其次,世界各国也都有履行保密义务期限长于劳动合同期限的规定。这样做有利于吸引外资。

第四,第三人明知或者应知前三项所列违法行为而获取使用或者披露他人的商业秘密应视为侵犯商业秘密,该第三人实际上是商业秘密的恶意获得者或者泄露者,应视为侵犯商业秘密者。这里实际上已经明确地规定了第三人侵犯专有技术行为的要件,即在主观上明知或应知前三项的违法行为,在客观上有获取使用或者披露他人的商业秘密的行为,只有这两个要件都具备才形成侵犯商业秘密的行为。因而,善意获取、使用、披露权利人自己过错泄露的商业秘密,第三人不知或不应该知他人以不正当手段侵犯权利人专有技术而对该专有技术予以获取、使用或披露都不应视为侵犯专有技术。

### 三、对侵犯专有技术的制裁。

我国目前在《民法通则》、《刑法》、《经济合同法》以及《反不正当竞争法》中均有对侵犯专有技术制裁的规定。具体地说,主要包括以下几种:

第一,停止侵害,消除影响。即禁止侵害者继续披露,使用、获取权利人的专有技术。如责令其停业整顿、吊销其营业执照等。我国《民法通则》第118条规定:公民、法人的著作权、专利权、商标专用权、发现权、发明权和其

它科技成果权受到剽窃、篡改、假冒等侵害的,有权要求停止侵害、消除影响。

第二,支付违约金,赔偿经济损失。对于违反合同的,违约方必须支付违约金,给受害人造成损失的,应赔偿损失。如我国《劳动法》第102条规定,劳动者违反合同中约定的保密事项,给用人单位造成经济损失的,应依法承担赔偿责任。

第三、经济制裁。《反不正当竞争法》规定,工商行政管理部门可以根据侵权情节的性质、轻重、影响的大小,决定对侵权人处以一万元以上20万元以下的罚款。

第四,刑罚制裁。我国刑法没有规定侵犯专有技术的犯罪,但可根据其条文,对于侵犯专有技术情节严重,触犯刑法构成犯罪的行为,可比照刑法分则的最相类似的规定追究其刑事责任,如盗窃罪等。

### 四、我国专有技术保护的特点。

通过以上对我国专有技术保护的分析,可以看出,我国对专有技术的保护具有以下特点:

第一,采用世界上多数国家的做法。从现在各国对专有技术保护的情况看,大致有以下几种情况:一是通过专门的商业秘密立法加以保护,如美国在1987年通过了《统一商业秘密法》,英国历来是通过判例法对专有技术进行保护的,现在也开始着手制订保护专有技术的专门法。二是在工业产权法里面对专有技术进行保护,目前,采用这种做法的仅有墨西哥在1991年6月28日公布经过修改的《促进和保护工业产权法》,首次将专有技术列入保护范围。三是目前大多数国家所采取的做法,即通过合同法、侵权法、反不正当竞争法、刑法加以保护。这也是我国所采取的做法。

第二,合同法,侵权法,反不正当竞争法等法律、法规的保护比较完整,明确,刑法的保护比较模糊并存在许多缺点。我国的合同法,反不正当竞争法、民法通则、劳动法等具

体规定了对专有技术保护的範圍,侵犯专有技术的形式以及侵权的制裁措施。可以说是比较完整、明确的。而《刑法》的规定则比较薄弱。首先,在立法中没有对专有技术的刑法保护做出明确的规定,也没有相应的司法解释。加上在实施中,刑法对专有技术的保护并不象对一般财产权那样明确与充分,例如根据刑法关于一般财产权的禁止性规范,对于通常不允许的行为,在实现其实际预谋的同时,就已确证了这种行为的违法性,即做出不允许行为的法律事实就是典型的违法行为。对于侵犯专有技术的行为来说,即使这种使竞争对手在竞争中受到严重损失,但如果这种行为通常是允许的,就不会象侵犯一般财产权那样受到禁止,除非能够证明侵犯行为的违法性,具体地说,法律并没赋予专有技术的法定专有权,因此并不禁止利用他人的专有技术,只要获取秘密的方法不是非法的。这就给判定罪与非罪造成许多困难。其次,我国刑法对专有技术保护的权宜性做法也比较笼统。我国目前对侵害专有技术的做法是适用刑法中对盗窃罪,贪污罪,受贿、行贿罪等条款,这在实践中存在许多弊端,不能真实地反映出侵犯专有技术的特点及其社会危害的程度大小,往往是罪刑不能相当。例如,对于采用盗窃或者其他不正当手段获取专有技术情节严重的行为,从法理上论,虽然可按现行刑法有关侵犯财产罪中的有关罪种论处,但是在适用上可能产生标准不一,而且,某项被盗取的专有技术在进入流通领域或者被利用之前,要计算其商业价值是很难的,故对这类犯罪很难象对其它财产犯罪那样“计赃论罪”。因此,对于采用权宜做法适用刑法对专有技术进行保护,也存在难于把握量刑的轻重问题。另外,由于法律没有规定,使得一些社会危害性严重,但又不符合现行刑法中的有关犯罪,如刺探专有技术得不到惩处,往往也放纵了犯罪。因而,笔者认为,为使《刑法》与其他有关专有技术的保护法规相适应,应在刑法中明确规定侵犯专有技术犯罪及其惩

罚措施。

第三,我国对专有技术保护的範圍较广。目前,对专有技术的保护一种是範圍比较窄的保护,仅保护那些不能独立存在,而必须依附于一定的技术发明内容的秘密技术,或者作为实施发明的某个具体步骤。另一种是对专有技术比较宽的保护,不仅保护其秘密技术,而且对经营信息也加以保护,其範圍包括生产技巧、工艺秘诀,产品配方这类技术信息,同时也包括商业经验、经营策略,营业秘密等这类经营信息,我国对商业秘密的保护属于后一种。

第四,解决侵权纠纷的“双轨制”。我国目前对于专有技术纠纷的解决主要由行政管理机关调处侵权纠纷,也可以由法院来解决这种纠纷。一些学者从法理上始终认为行政机关直接并且过多干预民事权利,在我国是不利的。另一些人则认为,从纠纷解决迅速,有效等方面考虑则是有利的。

注:

①樊勇明:《日本的投资与亚洲的崛起》上海三联书店出版,1991年,第207页。

②王之夫、孙崇尚编译:《国际专利与许可证贸易》第9页。

③商业秘密并非经商的秘密,而是可以付诸工商业使用并在商业流通中获得利益的秘密,在西方法学书籍和国际贸易的实践中,通常指不申请专利或申请专利之前所处的权利状态。在美国,法学著作一般不对专有技术和商业秘密作严格的区分,经常交替使用。我国目前,对专有技术是否就是商业秘密,两者是否一致的问题,学术界存在着不同的看法。但从我国的《反不正当竞争法》对商业秘密的定义看,我们认为,两者应该是一致的,没有什么本质的区别。

④[德]赫伯特·施道普夫著,梁华生译:《专有技术合同》,对外经贸出版社,1984,第7页。

⑤王铁崖、田如萱编:《国际法资料选编》1982年,第782页。

(作者单位:厦门大学马列部)

(责任编辑:周文升)